

Overpeinzingen over een onrechtmatige toestand

1. Inleiding

Art. 3:314 lid 2 BW bepaalt dat ‘de termijn van verjaring van een rechtsvordering strekkende tot beëindiging van het bezit van een niet-rechthebbende begint met de aanvang van de dag, volgende op die waarop een niet-rechthebbende bezitter is geworden *of de onmiddellijke opheffing gevorderd kon worden van de toestand waarvan diens bezit de voortzetting vormt*’. In zijn arrest van 4 september 2015 heeft de Hoge Raad – bij mijn weten voor het eerst – met gebruikmaking van de laatste zinsnede (bezit vormt voortzetting van onrechtmatige toestand) geoordeeld dat sprake is van verkrijging door verjaring op grond van art. 3:105 jo. art. 3:306 BW.¹ Opvallend is dat in een casus die ten grondslag lag aan een arrest van de Hoge Raad van ruim twee jaar eerder, tot eenzelfde oordeel had kunnen worden gekomen als dezelfde redenering als in het arrest van 2015 zou zijn gevolgd.² In de procedure was echter niet gesteld dat sprake was van bezit dat een voortzetting vormde van een eerdere toestand waarvan de onmiddellijke opheffing gevorderd kon worden. Hieronder worden eerst beide arresten kort besproken waarna een aantal kritische kanttekeningen wordt geplaatst bij het arrest uit 2015. Vervolgens wordt dieper ingegaan op de precieze inhoud en de wenselijkheid van de bepaling van art. 3:314 BW. Gepleit zal worden voor een enge interpretatie van het begrip ‘onrechtmatige toestand’ in art. 3:314 BW.

2. Erfpachter of huurder wordt eigenaar; twee arresten van de Hoge Raad

In het arrest van 4 september 2015 gaat het, kort gezegd, om het volgende. Westendorp is sinds 1982 erfpachter van een perceel met woonhuis en tuin. Het betreft hier zijn ouderlijk huis dat voor de uitgifte in erfpacht, gehuurd werd van de gemeente Arnhem (hierna: de Gemeente). Al in de jaren vijftig is een strook gemeentegrond van ongeveer 70 vierkante meter (die niet behoorde tot het verhuurde en het later in erfpacht gegeven perceel) bij de achtertuin getrokken. Op de plek waar de strook grenst aan een eveneens aan de Gemeente toebehorend stijl oplopend talud, is een afrastering geplaatst. De strook vormt samen met het achtererf van Westendorp ogenschijnlijk één geheel. In 1994 verkrijgt Westendorp van de Gemeente de blote eigendom van het perceel (exclusief de litigieuze strook). Wanneer de Gemeente de strook in 2011 aan Westendorp te koop aanbiedt,



Mr. P.C. van Es*

beroept Westendorp zich op verkrijgende verjaring van de strook. Ten aanzien van de periode tot 1994 (toen Westendorp erfpachter was van het perceel) onderschrijft de Hoge Raad in r.o. 3.4.2 het oordeel van het hof dat geen sprake was van ondubbelzinnig bezit van de strook:

‘Uit de rov. 4.5 en 4.6 van het hof volgt dat het de feitelijke situatie ten aanzien van de strook in beginsel van dien aard heeft geacht dat daaruit houden voor zichzelf kon worden aangenomen, maar dat daaraan tot 24 juni 1994 in de weg stond dat Westendorp van het aangrenzende perceel geen bezitter, maar erfpachter was.’

Het hof verwoordt het aldus dat Westendorp ‘onvoldoende uiterlijke omstandigheden gesteld [heeft] op grond waarvan (voor de Gemeente) duidelijk had moeten zijn dat Westendorp de strook, anders dan het perceel, voor zichzelf hield’. Het komt mij voor dat er niet snel sprake zal zijn van ‘uiterlijke omstandigheden’ op grond waarvan naar verkeersopvatting moet worden aangenomen dat een *erfpachter* pretendeert *eigenaar* te zijn van een strook grond die bij zijn in erfpacht gegeven perceel is getrokken. Na de verkrijging van de eigendom van het perceel, veranderde ook de goederenrechtelijke positie van Westendorp ten opzichte van de strook. Het vervolg van de hierboven geciteerde r.o. 3.4.2 luidt:

* Universitair hoofddocent notarieel recht, Universiteit Leiden, vaste medewerker van het WPNR. (P.C.vanEs@law.leidenuniv.nl)

1. ECLI:NL:HR:2015:2463, NJ 2016/309 (Gemeente Arnhem/Westendorp) m.nt. H.J. Snijders.
2. HR 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6754. Deze zaak is afgedaan met gebruikmaking van art. 81 lid 1 RO.

‘Daarvan uitgaande heeft het hof de handhaving van de feitelijke situatie ten aanzien van de strook door Westendorp vanaf de overdracht van het perceel op 24 juni 1994 – waarmee dat beletsel was opgeheven – zonder schending van enige rechtsregel als bezit van de strook kunnen aanmerken. Ook was het hof niet tot nadere motivering van dat oordeel gehouden.’³

De bezitsverkrijging met ingang van 24 juni 1994 kon Westendorp in zoverre niet baten dat er tussen dat moment en het moment van het aanhangig maken van de procedure nog geen twintig jaren waren verstreken. Art. 3:314 lid 2 BW bood hier in de ogen van het hof en de Hoge Raad (r.o. 3.5) uitkomst:

‘Verkrijgende verjaring van een zaak ingevolge de art. 3:105, 3:306 en 3:314 lid 2 BW vereist dat degene die zich op deze verkrijging beroept, de zaak bezit op het moment dat de rechtsvordering tot beëindiging van dat bezit verjaart. Voor beantwoording van de vraag of de verjaring van die rechtsvordering is voltooid, mag rekening worden gehouden met een voordien bestaande onrechtmatige toestand waarvan het bezit de voortzetting vormt. In de onderhavige zaak staat niet ter discussie dat het bezit (vanaf 24 juni 1994), in samenhang met de onrechtmatige toestand waarvan dat bezit de voortzetting vormt, ten minste twintig jaren heeft geduurd.’

Ten aanzien van het bestaan van een onrechtmatige toestand had het hof in r.o. 4.10 overwogen:

‘Bij gebrek aan een grondslag voor het gebruik van de strook door Westendorp (en zijn rechtsvoorgangers) was sprake van een onrechtmatige toestand. De gemeente had opheffing van deze toestand kunnen vorderen en had dat in ieder geval al kunnen doen op het moment dat Westendorp erfpachter werd in 1982.’

In de zaak die leidde tot het thans te bespreken arrest van 1 maart 2013 had de eiseres tot cassatie van 1983 tot 1997 een woning met tuin gehuurd van de Woningstichting. Van de tuin bij de woning maakte een strook grond aan de voor- en zijkant deel uit. Deze strook was ongeveer 168 vierkante meter groot en behoorde in eigendom toe aan verweerster in cassatie (de Gemeente). Eiseres had – evenals de huurders die haar voorgingen – de strook grond in gebruik als tuin. Op 18 juli 1997 is eiseres door koop en levering eigenaar geworden van het voorheen door haar gehuurde perceel. Rechtbank en hof oordelen dat eiseres – in ieder geval tot 18 juli 1997 – geen bezitter is geweest van de strook grond. A-G Rank-Berenschot

parafraseert het oordeel van het hof in haar conclusie voor het arrest als volgt:

‘Het hof heeft kennelijk en niet onbegrijpelijk geoordeeld dat volgens de verkeersopvatting het bestaan van de huurovereenkomst (met betrekking tot de woning) aan het aannemen van een eigendomspretentie bij [eiseres] (met betrekking tot een naastgelegen, niet verhuurde strook) in de weg staat.’⁴

Dit oordeel van het hof houdt stand in cassatie nu het beroep met gebruikmaking van art. 81 lid 1 RO wordt verworpen.

In cassatie wordt ook aangevoerd dat de Woningstichting in de periode van 1983 tot 1997 bezitter is geweest, maar dit middel slaagt niet. Denkbaar is weliswaar dat een verhuurder door feitelijke machtsuitoefeningen van een huurder het middellijk bezit verkrijgt, maar A-G Rank-Berenschot wijst er in haar conclusie onder 2.25 op dat dit alleen mogelijk is als er naast de verhuurrelatie nog een (vertegenwoordigings)relatie bestaat die meebrengt dat de machtsuitoefeningen door de huurder aan de verhuurder worden toegerekend: het is immers niet de bedoeling dat een huurder het bezit kan ‘opdringen’ aan de verhuurder.

De vraag of eiseres op 18 juli 1997 (na de koop en levering) bezitter is geworden van de strook grond kan volgens rechtbank en hof in het midden blijven omdat sinds dat tijdstip nog geen twintig jaren zijn verstreken.

In het verlengde van het arrest uit 2015 is het – afhankelijk van de precieze feitelijke situatie – heel goed denkbaar dat deze in het midden gebleven vraag bevestigend moet worden beantwoord. De vraag die dan vervolgens rijst is of het voor verkrijging op grond van art. 3:105 BW inderdaad nodig is dat er twintig jaren zijn verstreken sinds de verkrijging van het bezit. Kan men niet, evenals in het arrest uit 2015, stellen dat

3. In de literatuur wordt wel de vraag gesteld hoe Westendorp in 1994, door inbezitneming, het bezit van de strook heeft verkregen, nu er niets aan de uiterlijke omstandigheden is veranderd. Zie bijvoorbeeld J.E. Jansen, ‘Drie uitspraken over erfpacht, inbezitneming en art. 3:105 BW’, *MvV* 2015, p. 262 en F. Sepmeijer in zijn noot onder het arrest (*JIN* 2015/205). Een aanwijzing voor een antwoord op deze vraag is te vinden in de conclusie van A-G Rank-Berenschot voor HR 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6754, onder 2.18 waar zij het bestaan van een huurovereenkomst (die in de weg stond aan het als eigenaar bezitten van de aanliggende strook) aanmerkt als een ‘uiterlijk feit’. Wanneer het bestaan van de huurovereenkomst een uiterlijke feit is, dan geldt dit ook voor het niet meer bestaan van de huurovereenkomst (en in ons geval voor de beëindiging van de erfpachtverhouding).
4. Zie ECLI:NL:PHR:2013:BY6754 onder 2.18.

bezit hier een voortzetting vormt van een onrechtmatige toestand als bedoeld in art. 3:314 lid 2 BW waarvan de onmiddellijke opheffing gevorderd kon worden? Ik zou ook deze vraag bevestigend willen beantwoorden en stel vast dat – wanneer men de lijn volgt die de Hoge Raad in zijn arrest van 4 september 2015 heeft uitgezet – er meer in deze zaak heeft gezeten dan eruit is gekomen. Een andere vraag, die hieronder zal worden beantwoord, is of de lijn van de Hoge Raad wel de juiste lijn is.

3. Kritische kanttekening bij het arrest van 4 september 2015

Aan het bezit van onroerende zaken door een niet-rechthebbende worden in de jurisprudentie strenge eisen gesteld. Zie bijvoorbeeld HR 15 januari 1993, NJ 1993, 178 (Baaijens-Frunt/Wijers), r.o. 3.2:

‘Niet dubbelzinnig bezit is aanwezig wanneer de bezitter zich zodanig gedraagt dat de eigenaar, tegen wie de verjaring loopt, daaruit niet anders kan afleiden dan dat de bezitter pretendeert eigenaar te zijn.’

A-G Rank-Berenschot maakt in haar conclusie voor HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2743 de volgende opmerking over het ondubbelzinnigheidsvereiste:

‘De ratio van het ondubbelzinnigheidsvereiste ligt in bescherming van de rechthebbende: aldus is verzekerd dat van verjaring pas sprake kan zijn indien de werkelijk rechthebbende tegen wie de verjaring is gericht, uit de gedragingen van degene die zich op verjaring wil beroepen, duidelijk kan opmaken dat deze pretendeert rechthebbende te zijn, zodat hij tijdig maatregelen kan nemen om de inbreuk op zijn recht te beëindigen.’⁵

Bezit van andermans zaak kan leiden tot verkrijgende verjaring en daarmee ook tot eigendomsverlies aan de zijde van de rechthebbende. Voor het aannemen van bezit door een niet-rechthebbende is daarom vereist dat de rechthebbende een duidelijk signaal krijgt dat zijn recht bedreigd wordt. Illustratief is ook de overweging van het hof in de zaak die leidde tot het hierboven behandelde arrest van de Hoge Raad van 1 maart 2013:

‘Gezien de omstandigheid dat de strook grond in gebruik is genomen in het kader van de tussen [eiseres] en de stichting gesloten huurovereenkomst betreffende de woning met tuin aan de [a-straat 1] te [plaats], waaraan het gebruik van de strook grond is toegevoegd, heeft de gemeente uit dat gebruik niet duidelijk kunnen

en hoeven opmaken dat [eiseres] daarmee de eigendom van de strook grond pretendeerde en dat de gemeente jegens haar tijdig maatregelen diende te treffen om verlies van haar eigendom te voorkomen. Zo was immers niet voorstelbaar, ook niet voor de gemeente, dat [eiseres] bij beëindiging van de huurovereenkomst, anders dan in het kader van de aankoop van de woning, het gebruik van de strook grond zou hebben voortgezet.’⁶

De ratio van de strenge vereisten die gesteld worden aan het bezit, dreigt geheel ondermijnd te worden door het bepaalde in art. 3:314 lid 2 BW (althans in de toepassing die de Hoge Raad hieraan heeft gegeven). Een situatie die – als men naar de hierboven weergegeven overweging kijkt – voor de rechthebbende nog niet direct bedreigend hoeft te zijn en aanleiding hoeft te zijn tot het treffen van maatregelen (er is immers geen sprake van bezit) kan dit toch blijken te zijn als de toestand een voorstadium van bezit blijkt te zijn geweest. Het gevolg hiervan is dat de rechthebbende in theorie zijn recht kan verliezen op een zaak die maar één dag in bezit is geweest van een niet-rechthebbende en waarvoor dus geldt dat er maar één dag het duidelijke signaal aan de rechthebbende is afgegeven dat zijn recht bedreigd wordt en dat hij tijdig maatregelen dient te treffen.⁷

Mogelijk kunnen zich bij toepassing van art. 3:314 lid 2 BW ook gevallen voordoen waarin de rechthebbende geen enkele dag de gelegenheid heeft gehad om tegen het bezit door een niet-rechthebbende op te treden. Of dit het geval is, hangt af van de vraag hoe men aankijkt tegen de situatie waarin de vordering tot opheffing van een onrechtmatige toestand is verjaard (de erfpachter is meer dan twintig jaren feitelijk gebruiker van de strook gemeentegrond) op het moment waarop het bezit van de strook grond wordt verkregen (de erfpachter wordt eigenaar en daarmee bezitter van de strook gemeentegrond). Uit het arrest van de Hoge Raad van 4 september 2015 zou men kunnen opmaken dat bezitsverkrijging na het verjaren van de vordering tot opheffen van een onrechtmatige toestand ook kan leiden tot verkrijging door verjaring op grond van art. 3:105 jo. 3:306 en 3:314 lid 2 BW. Ten aanzien van het cassatiemiddel dat ‘het hof had moeten bepalen op welk moment de Gemeente voor het eerst de onmiddellijke ophef-

5. Zie onder 2.4.6 met nadere verwijzingen naar literatuur en jurisprudentie.

6. Zie onder 2.2 van de conclusie van A-G Rank-Berenschot voor HR 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6754.

7. Vgl. J.E. Jansen, ‘Drie uitspraken over erfpacht, inbezitneming en art. 3:105 BW’, *MvV* 2015, p. 261.

ving had kunnen vorderen van de onrechtmatige toestand waarvan het bezit de voortzetting vormt', overweegt de Hoge Raad namelijk in r.o 3.5:

'In de onderhavige zaak staat niet ter discussie dat het bezit (vanaf 24 juni 1994), in samenhang met de onrechtmatige toestand waarvan dat bezit de voortzetting vormt, ten minste twintig jaren heeft geduurd.'

De vraag of de vordering tot ongedaan making van de onrechtmatige toestand al is verjaard voordat het bezit is verkregen, lijkt in deze benadering irrelevant. Enige nuancering treft men echter aan in het vervolg van de rechtsoverweging:

'Het onderdeel beroept zich niet op stellingen van de Gemeente in de feitelijke instanties die het hof aanleiding hadden moeten geven tot onderzoek naar het moment waarop voor het eerst opheffing van de onrechtmatige toestand kon worden gevorderd. Het faalt derhalve.'

Uit deze overweging lijkt te volgen dat een onderzoek naar het moment waarop voor het eerst opheffing van de onrechtmatige toestand gevorderd kon worden, mogelijk wel geïndiceerd zou zijn als de Gemeente de stelling had betrokken dat van verkrijging van eigendom op grond van art. 3:105 BW geen sprake kan zijn wanneer het bezit pas is verkregen na het moment waarop de vordering tot opheffing van de onrechtmatige toestand is verjaard.

4. Analyse van art. 3:314 BW; wat is een onrechtmatige toestand als bedoeld in het artikel?

Art. 3:314 BW kwam niet voor in het Ontwerp Meijers. Het werd als art. 3.11.15a opgenomen in een gewijzigd ontwerp dat op 18 maart 1971 vergezeld ging met de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer. Het doel was te komen tot een wijziging van het systeem zoals dat Meijers voor ogen stond. Ten aanzien van de vordering tot opheffing van een onrechtmatige toestand, heeft Meijers in zijn toelichting bij art. 5.6.3 (art. 5:72 BW) onder verwijzing naar HR 4 februari 1949, NJ 1949, 185 (Haarlemmerolie) het volgende opgemerkt:

'Bovendien verjaart de bevoegdheid van de eigenaar, om te protesteren tegen een onrechtmatige toestand of periodieke onrechtmatig handelingen in strijd met zijn eigendomsrecht, in zoverre nimmer dat iedere dag opnieuw een nieuwe actie ontstaat.'

In de memorie van antwoord bij het voorgestel-

de art. 3.11.15a (art. 3:314 BW) leest men in reactie hierop:

'De ondergetekende is evenwel van mening dat het niet gewenst is dat de rechtsvordering tot opheffing van een onrechtmatige toestand niet verjaart. Ook hier behoort het recht zich na verloop van tijd bij de feiten aan te sluiten. Door de onderhavige bepaling wordt dit bereikt.'

Opgemerkt moet worden dat het citaat van Meijers een wat vertekend beeld geeft. Meijers erkende namelijk wel degelijk gevallen waarin de vordering tot opheffing van een onrechtmatige toestand kon verjaren. In de eerste plaats valt hier te denken aan art. 3.4.3.8 O.M. (art. 3:105 BW): de vordering tot opheffing van een onrechtmatige toestand, bestaande in het bezit van een goed door een niet-rechthebbende, kan verjaren met als gevolg dat de bezitter de eigendom verkrijgt. Daarnaast voorzag het burendrecht in een drietal artikelen die voorschreven dat de vorderingen tot opheffing van bepaalde onrechtmatige – in strijd met het burendrecht zijnde – situaties, verjaarden na verloop van twintig jaren. Het ging hier om (i) bomen en heesters of heggen te dicht bij erfgrans (art. 5.4.4 lid 2 O.M.), (ii) vensters, muuropeningen en balkons binnen de verboden zone (art. 5.4.12 lid 2 O.M.) en (iii) een erfgrans overstekend bouwwerk (art. 5.4.16 O.M.).

Het is volgens mij alleen deze categorie onrechtmatige toestanden (die in het systeem van Meijers voorwerp van verjaring konden zijn) waarop art. 3:314 BW zou moeten zien.⁸ Om dit te onderbouwen moet ook een andere categorie onrechtmatige toestanden onder de loep worden genomen. Het gaat hier dan bijvoorbeeld om de situaties zoals die aan de orde waren in de hierboven besproken arresten van de Hoge Raad uit 2013 en 2015: een niet-rechthebbende oefent feitelijk macht over andermans onroerende zaak, zonder dat deze uitoefening van feitelijke macht kan kwalificeren als bezit en zonder dat er sprake is van houderschap.⁹ Dat hier sprake is van

8. Ook bijvoorbeeld het in de Memorie van Antwoord bij art. 3.11.15a genoemde voorbeeld van hinder die bestaat in het 'onthouden van licht en lucht' valt binnen deze categorie (C.J. van Zeben & J.W. du Pon, *Parlementaire geschiedenis van het nieuw burgerlijk wetboek, Boek 3: Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981, p. 929).

9. In dit verband spreekt de opmerking van Van Schaick ('Wat is gebrekkig bezit', *NTBR* 2011/25, p. 188) die hij in een andere context maakte, mij aan: 'Niets dwingt er evenwel [...] toe om art. 3:108 [...] te lezen alsof het slechts in twee alternatieven voorziet. Het is heel goed denkbaar dat de macht die iemand over een goed uitoefent, noch als (volwaardig) bezit noch als houderschap (in enge zin) kan worden geduid [...] Anders gezegd: er bestaat macht, houderschap in ruime zin, die noch bezit noch houderschap in enge zin is.'

een inbreuk op het exclusieve recht van de eigenaar is duidelijk.¹⁰ Duidelijk is ook dat men deze situatie waarin een voortdurend inbreuk wordt gemaakt op het eigendomsrecht, kan duiden als een onrechtmatige toestand. Minder duidelijk is echter of hier ook sprake is van een onrechtmatige toestand *in de zin van art. 3:314 BW*. Art. 3:314 BW koppelt de ‘onrechtmatige toestand’ aan de ‘vordering tot opheffing ervan’. Ik zou daaruit willen afleiden dat het artikel alleen betrekking heeft op onrechtmatige toestanden die *slechts* door het instellen van een rechtsvordering ongedaan kunnen worden gemaakt. Wanneer een eigenaar geconfronteerd wordt met feitelijke machtsuitoefeningen door een niet-rechthebbende die niet kwalificeren als bezit en die niet gepaard gaan met houderschap, is er niets dat de eigenaar belet om zijn eigendomsrecht op enig moment weer ten volle te gaan uitoefenen. Hij heeft geen rechterlijk vonnis nodig om een afrastering die op *zijn* terrein staat en die door natrekking *zijn* eigendom is geworden, te verwijderen.¹¹ Dit is geen eigenrichting, maar uitoefening van het eigendomsrecht.¹² Het is vervolgens aan degene die de feitelijke machtsuitoefeningen pleegt om eventueel een verbod en/of herstel in de oude toestand te vorderen op grond van de stelling dat hij (i) bezitter is en bezitsbescherming geniet (art. 3:125 BW), of (ii) bezitter is en door verjaring eigenaar is geworden.

Vanzelfsprekend is het voor het ordelijk verloop van het rechtsverkeer goed dat eigenaren in dit soort gevallen ontruiming plegen te vorderen, maar voor het denkkader is het belangrijk dat men zich realiseert dat dit strikt genomen niet noodzakelijk is. De ontruimingsvordering is facultatief en het niet instellen van een facultatieve rechtsvordering behoort niet bestraft te worden met het gaan lopen van de verjaringstermijn van art. 3:314 lid 1 of 2 BW. Een elegant alternatief voor het plompverloren weer ten volle gaan uitoefenen van de eigenaarsbevoegdheden zou kunnen zijn dat de eigenaar een verklaring voor recht vordert dat hij eigenaar is. Met dit vonnis in de hand kan hij zijn komst aankondigen.

Bij onrechtmatige toestanden die *slechts* door het instellen van een rechtsvordering ongedaan kunnen worden gemaakt (waarop art. 3:314 BW mijns inziens uitsluitend betrekking heeft of zou moeten hebben), valt te denken aan het soort gevallen dat Meijers in zijn ontwerp voor ogen had. Naast bezit door een niet-rechthebbende, gaat het dan steeds om inbreuken die als het ware vanuit het buurerf geschieden: een boom op het buurerf die te dicht bij de erfgrans staat, een woning op het buurerf met een daarvan deel

uitmakende kelder of balkon die zich onder respectievelijk boven andermans terrein bevindt, een wijze van afwatering die in strijd is met het buurenrecht. In al deze gevallen staat het eigendomsrecht van de inbreukmaker eraan in de weg dat de onrechtmatige toestand zonder tussenkomst van de rechter ongedaan gemaakt wordt. Het stilzitten van de eigenaar op wiens recht inbreuk wordt gemaakt, rechtvaardigt in dit soort gevallen het gaan lopen van de verjaringstermijn.

De door mij voorgestane interpretatie van art. 3:314 BW vindt niet direct steun in de toelichting bij art. 3:11.15a, waar men het volgende voorbeeld aantreft:

‘Het kan zijn dat de toestand onrechtmatig is wegens strijd met eens anders subjectief recht. Gaat het om een eigendomsrecht, dan kan de onrechtmatige toestand een inbreuk van beperkte aard daarop vormen (een paal in andermans erf).’¹³

10. Zie art. 5:1 lid 2 BW, in het bijzonder de woorden ‘met uitsluiting van een ieder’. Anders H.J. Snijders in zijn noot onder HR 4 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2463, *NJ* 2016/309 (Gemeente Arnhem/Westendorp) onder 5: ‘Laten wij het goederenrecht zo helder mogelijk houden en niet naast houderschap en bezit nog een derde, hybride figuur ontwikkelen.’
11. Zie voor natrekking art. 5:20 lid 1 sub e BW en vergelijk voor deze redenering ook P.C. van Es, *Verkrijging door verjaring*, Nijmegen: Ars Aequi 2011, p. 62. Ten aanzien van het verwijderen van andermans roerende zaken van het terrein geldt mijns inziens dat het eigendomsrecht op het terrein deze bevoegdheid meebrengt, mits het eigendomsrecht van de eigenaar van de roerende zaken wordt gerespecteerd. Dit kan door de zaken in de macht van de eigenaar te brengen of door deze, met mededeling aan de eigenaar, onder te brengen bij een derde als houder. De bekende arresten van de Hoge Raad over het verwijderen van andermans zaken van het eigen erf (HR 7 mei 1982, *NJ* 1983, 478 (Trechsel/Laméris) en HR 4 november 1988, *NJ* 1989, 854 (Schols-Pelzers/Heijnen)) gingen niet over de vraag of de eigenaar deze zaken mocht verwijderen, maar over de vraag wie de kosten hiervan diende te dragen. Zie over deze arresten, P.C. van Es, *De actio negatoria* (diss. Leiden 2005), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 250-254.
12. Vgl. ook J.E. Jansen, ‘Drie uitspraken over erfpacht, inbezitneming en art. 3:105 BW’, *MvV* 2015, p. 263 die schrijft: ‘Waarom zou de eigenaar de onrechtmatige toestand niet zelf beëindigen? De eigenaar die dat doet, pleegt weliswaar een onrechtmatige daad, maar staat goederenrechtelijk in zijn recht.’ Van het plegen van een onrechtmatig daad is mijns inziens alleen sprake indien de hernieuwde uitoefening van de eigenaarsbevoegdheden geschiedt op wijze die in strijd is met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (art. 6:162 lid 2 BW).
13. C.J. van Zeben & J.W. du Pon, *Parlementaire geschiedenis van het nieuw burgerlijk wetboek, Boek 3: Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981, p. 930.

Dit is in mijn ogen typisch een geval waarop art. 3:314 BW niet van toepassing is omdat de eigenaar van het erf bevoegd is de paal uit de grond te halen zonder hiertoe een rechtsvordering in te hoeven stellen. De vraag rijst wat het betekent als wij art. 3:314 lid 1 BW wel toepassen op deze casus. Kan de eigenaar na verloop van twintig jaren dan geen vordering tot verwijdering van de paal meer instellen en mag hij de paal dan ook niet meer eigenmachtig verwijderen? Ook toepassing van art. 3:314 lid 2 BW roept in deze casus vragen op. Wat gebeurt er als degene die de paal in de grond heeft geslagen, één dag voor het verlopen van de verjaringstermijn van twintig jaren een reusachtig smeedijzeren hek om de paal heen plaatst waardoor hij moet worden aangemerkt als bezitter? Is het artikel lid dan van toepassing met als gevolg dat degene die de paal in de grond heeft geslagen op grond van art. 3:105 BW eigenaar is geworden van het door het hek begrensde terrein?

Alleen al het stellen van deze vragen maakt volgens mij duidelijk dat het onwenselijk is om art. 3:314 BW van toepassing te achten op dit soort situaties.

De laatste vraag die in deze paragraaf beantwoord dient te worden, is welke betekenis art. 3:314 lid 2 BW heeft wanneer deze bepaling niet van toepassing mag worden geacht op situaties zoals die zich voordeden in de casus die ten grondslag lagen aan de hierboven besproken arresten van de Hoge Raad uit 2013 en 2015. In de parlementaire geschiedenis treft men het volgende voorbeeld aan:

‘Zo zal b.v. de bezitter van een erfdienstbaarheid om over zijn buurerf een afvoergoot te hebben voor een beroep op verjaring van de rechtsvordering strekkende tot beëindiging van zijn bezit, kunnen volstaan met erop te wijzen dat de termijn vervuld is sedert de aanvang van de dag, volgende op die waarop de goot zonder toestemming werd aangelegd en aldus deze onrechtmatige toestand ontstond. Onverschillig is dus of reeds toen terstond van bezit van een desbetreffende erfdienstbaarheid kon worden gesproken, en al evenzo wie die toestand in het leven heeft geroepen.’¹⁴

Dit is in mijn ogen in zoverre een goed voorbeeld dat het hier gaat om een onrechtmatige toestand (het hebben van een afvoergoot over het buurerf) die alleen ongedaan gemaakt kan worden door het instellen van een rechtsvordering. Het probleem dat kleeft aan dit voorbeeld is echter dat niet duidelijk wordt gemaakt hoe een situatie waarin een goot zonder toestemming is aangelegd (onrechtmatige toestand) kan leiden tot een situatie waarin bezit van een erfdienst-

baarheid kan worden aangenomen. De enige mogelijkheid die ik zie is dat partijen overeenkomen een erfdienstbaarheid te vestigen, nadat de goot zonder toestemming is aangelegd. Wanneer de vestiging van de erfdienstbaarheid vervolgens niet slaagt wegens een vestigingsgebrek (de notariële akte ontbeert authenticiteit), dan wordt de voor toepassing van art. 3:105 BW relevante termijn op grond van art. 3:314 lid 2 BW geacht al te zijn gaan lopen vanaf het moment dat de goot is aangelegd.¹⁵

5. Conclusie

De keerzijde van verkrijgende verjaring is het verlies van eigendom aan de zijde van de rechtshabende. De onderstaande opmerking van Verstijlen in zijn noot onder HR 10 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7601, NJ 2009, 1 (Duijf/Bolt) is in dit verband zeer aansprekend:

‘Verjaring is een verschrikkelijk iets, omdat iemand op basis van louter schijn, zijn recht wordt ontnomen. Met het oog op de rechtszekerheid voegt de juridische werkelijkheid zich soms toch ten detrimente van de rechtshabende naar de schijn.’

Verrijgende verjaring vindt niet plaats zonder dat er op enig moment sprake is geweest van bezitsverlies aan de zijde van de rechtshabende en bezitsverrijking aan de zijde van de niet-rechtshabende. Ter bescherming van de rechtshabende worden aan de bezitsverrijking door een niet-rechtshabende (en het daarmee samenhangende bezitsverlies van de rechtshabende) strenge eisen gesteld: de rechtshabende moet uit de gedragingen van degene die zich op verjaring wil beroepen, duidelijk kunnen opmaken dat deze pretendeert rechtshabende te zijn, zodat hij tijdig maatregelen kan nemen om de inbreuk op zijn recht te beëindigen. De ‘schijn’ waarover Verstijlen in het bovenstaande citaat spreekt, moet dus overduidelijk zijn.

De bescherming die het bezitsvereiste de rechtshabende biedt tegen het verlies van recht op grond van verjaring, dreigt ondergraven te

14. C.J. van Zeben & J.W. du Pon, *Parlementaire geschiedenis van het nieuw burgerlijk wetboek*, Boek 3: *Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981, p. 931.

15. In de regel zal in dit soort gevallen sprake zijn van bezit te goeder trouw, zodat art. 3:99 BW van toepassing is naast art. 3:105 jo. 3:306 en 3:314 lid 2 BW.

worden door het bepaalde in art. 3:314 BW. De toepassing van dit artikel in het hierboven besproken arrest van de Hoge Raad uit 2015 vormt hiervan een illustratie. In deze bijdrage is gepleit voor een enge interpretatie van het begrip 'onrechtmatige toestand' in art. 3:314 BW. Alleen onrechtmatige toestanden die *slechts* door het instellen van een rechtsvordering ongedaan kunnen worden gemaakt, zouden hieronder moeten vallen. Dit betekent dat art. 3:314 lid 1 BW er niet aan in de weg staat dat een eigenaar te allen tijde zijn eigendomsrecht op een zaak weer ten

volle kan gaan uitoefenen wanneer een niet-rechthebbende ten aanzien van die zaak gedurende een lange periode feitelijke machtsuitoefeningen heeft gepleegd die niet kwalificeren als bezit en die niet gepaard gaan met houderschap. Desgewenst kan hij hiertoe ook een rechtsvordering instellen. Het betekent eveneens dat een onrechtmatige toestand waaraan de rechthebbende (in theorie) eigenmachtig een einde kan maken, niet kan worden aangemerkt als een voorfase van bezit als omschreven in art. 3:314 lid 2 BW.